

**ATENCION MEDICA A VIUDA Y HUERFANO - Procedencia / DERECHOS DE LOS NIÑOS - Prevalencia / DERECHO DEL NIÑO QUE ESTA POR NACER - Protección / DERECHO A LA VIDA - Protección / ACCION DE TUTELA - Procedencia como mecanismo transitorio**

La decisión impugnada deberá revocarse y tutelarse el derecho a la vida y a la salud del niño que está por nacer y del menor Michael Alexander Ortiz Rodríguez, por cuanto, a pesar de que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial, como lo es la acción de reparación directa ante la justicia contencioso administrativa, ésta fue propuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social de los niños, son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, que significa que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la cobertura familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre las entidades de seguridad social y las personas, o de compensación familiar, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de quebranto de su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta. Por otro lado, la "comprensión adecuada de la maternidad como función social" a la que está comprometido internacional ni en el Estado Colombiano, no está condicionada, ni puede estarlo sin romper unilateralmente los Tratados vigentes, a que la madre se encuentre gozando de los beneficios de seguridad social o no.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: GERMAN AYALA MANTILLA**

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de julio (07) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

**Radicación número: AC - 6015**

**Actor: JENNIFFER RODRIGUEZ PARRA**

**Demandado:**

**Referencia:** Impugnación.

Fallo.

Conoce la Corporación de la impugnación instaurada por el apoderado de la accionante contra la providencia del 29 de mayo de 1998 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### **ANTECEDENTES FACTICOS**

La ciudadana Jennifer Rodríguez Parra, actuando por medio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, buscando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, del menor que está por nacer y de su menor hijo Michael Alexánder Ortiz Rodríguez, posiblemente vulnerados por los siguientes hechos:

Que el día 28 de febrero del año en curso, a eso de las 9:15 de la noche cuando se realizaba un operativo policial, en el municipio anexado de Suba, fue muerto el agente de Policía Nacional Hames Huinder Ortiz Gómez, con la autoría intelectual y material del teniente de la Policía Nacional Giovanni Palacios Hernández quien se encontraba en servicio activo, uniformado y con arma de dotación oficial.

Que al mencionado Agente fallecido le sobreviven su compañera permanente Jenniffer Rodríguez Parra, quien se encuentra en estado de embarazo aproximadamente en su quinto mes y el menor de dos años de edad Michael Alexánder Ortiz Rodríguez, nacido de la unión de Jenniffer Rodríguez Parra con Hames Huinder, los cuales dependían económica y moralmente de Hames Huinder Ortiz Gómez.

Que a raíz de la muerte del mencionado Agente, la Institución Policial se negó rotundamente a prestarle la atención médica a la madre que se encuentra en estado de embarazo y a su menor hijo de dos años de edad, quienes están padeciendo una grave crisis emocional y moral como consecuencia de la muerte violenta de su compañero y padre, respectivamente.

Que así la vida de la madre y del ser que está por nacer y de su menor hijo corren eminente riesgo, ya que están absolutamente desprotegidos en cuanto se refiere a la seguridad social, atención médica y al cuidado que, obviamente, necesitan una madre embarazada y un menor de dos años de edad, que quedó huérfano y absolutamente desprotegido.

Que por estos graves hechos se adelantará la correspondiente acción de reparación directa ante la autoridad competente, pero entre tanto es necesario la inmediata atención de la viuda en estado de embarazo y del menor de edad para evitar así un perjuicio irremediable.

### **FALLO DEL A QUO**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 29 de mayo de 1998 negó la Tutela solicitada por la accionante, exponiendo las siguientes consideraciones:

Observa el a quo que la accionante presentó solicitud de tutela contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a fin de que por este medio judicial se tutelaran los derechos a la vida, a la salud, se ampare el derecho del menor que está por nacer con respaldo en los artículos 11, 13, 44 y 50 de la Carta, y como consecuencia se ordene a la entidad demandada brindar a la actora atención médica integral de parto y demás cuidados junto con su menor hijo Michael Alexander Ortiz Rodríguez incluyendo tratamiento y apoyo psicológico necesarios para superar el grave trauma de orfandad en que quedaron.

Sostiene el a quo que en efecto la señora Jenniffer Rodríguez Parra se halla reconocida como compañera permanente del agente y actualmente se encuentra en estado de embarazo, teniendo además un niño menor, hijo del Agente fallecido.

Afirma que las normas sobre la prestación de servicios médico asistenciales al personal de agentes de la Policía Nacional, no permiten que la Dirección de Sanidad les siga prestando el servicio a la accionante y a su hijo porque los artículos 19 y 20 de la Ley 352 de 1997 que reestructura el Sistema de Salud y dicta otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, retomó lo establecido en el Decreto 1301 de 1994 que mantenía la concordancia con todo el sistema de prestaciones sociales consagrado en los Estatutos de Carrera, específicamente con el Estatuto de Personal de Agentes que regula el Decreto 1213 de 1990.

Es decir, que tienen derecho a la prestación del servicio médico asistencial situaciones dentro de las cuales no se encuentra la actora ni su hijo por cuanto ellos no son beneficiarios de pensión o de asignación de retiro, toda vez que el agente Ortiz Gómez sólo llevaba prestando a la Institución algo más de siete años y el derecho a devengar asignación de retiro, solo lo hubiera adquirido al cumplir quince años. Igualmente el tiempo de pensión, veinte años, tampoco pudo completarse pues al morir el esposo y padre, la actora y su hijo pierden la calidad de beneficiarios, y no pueden ostentar la calidad de afiliados por no ser beneficiarios de asignación de retiro o pensión por muerte del agente.

Ahora bien, el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional Decreto 1213 de 1990 consagra los derechos de los beneficiarios en la eventualidad de que fallezcan en actividad y deduce que existen dos eventualidades, una por muerte simplemente en actividad y otra por muerte en actos del servicio, requisitos para que los beneficiarios se hagan acreedores a una pensión mensual, lo que a su vez les dará el derecho o no a ser afiliados al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Considera el Tribunal que en el caso sub judice al no ser la actora y su menor hijo Michael Alexander beneficiarios de pensión por cuanto su compañero permanente y padre no cumplió el tiempo necesario para ello, es decir que no tenía la antigüedad en el servicio requerida para el efecto (doce o quince años de servicio), según se califiquen las circunstancias de su muerte razón por la cual, no

puede obligarse a la Policía Nacional a través de este mecanismo, a proporcionarle atención médica a la solicitante ni a su hijo y menos al hijo que está por nacer por cuanto no se reunió el tiempo suficiente requerido por la Institución.

## **IMPUGNACION**

El accionante inconforme con la decisión de primera instancia, impugna el fallo referido, por medio de apoderado judicial, en los siguientes términos:

Señala que el caso en estudio no se puede ver solamente desde la óptica de las disposiciones laborales citadas en la sentencia del a quo y que rigen el ámbito del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, pues es preciso y necesario tener en cuenta la circunstancia fáctica en que falleció el compañero permanente de la impugnante, por autoría material e intelectual de un teniente de la Policía en servicio activo y con arma de dotación oficial.

Que esta circunstancia debe darle al caso una connotación especial, ya que si la misma Institución, por intermedio de uno de sus efectivos ocasionó la muerte del agente, debe brindársele toda protección en cuanto a la seguridad social, a la actora, en embarazo, y al menor huérfano.

Afirma el impugnante que en la acción de tutela debe estar presente el postulado de la equidad, pues la equidad es un elemento teleológico y axiológico que da el derecho como finalidad principal, la de establecer un equilibrio entre dos partes desiguales, y así la de otorgar a una de esas partes, la más débil, una especial tutela y garantía en la obtención de un derecho principalísimo y fundamental, como es el derecho de los niños, el derecho a la salud y el derecho de la mujer embarazada.

Sostiene que el juez de tutela no puede olvidar tampoco el artículo 228 de la Carta, que comporta una verdadera regla de oro al establecer la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la justicia, y qué más derechos sustanciales, fundamentales, constitucionales que los que ha mencionado, tales como el derecho a la vida, a la salud, a los niños, a la mujer embarazada.

Que en el caso de autos se reviste una connotación muy especial, ya que si no hubiera sido por la intervención dañosa de un efectivo de la Policía Nacional, no hubiera ocurrido el deceso del Agente.

## **CONSIDERACIONES**

Observa la Corporación que la ciudadana Jenniffer Rodríguez Parra, actuando por medio de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, buscando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud del menor que está por nacer y de su menor hijo Michael Alexander Ortiz Rodríguez, consagrados en la Constitución Política.

Concretamente lo pretendido por la accionante es:

"2.1 Se tutele el derecho a la vida y a la salud, por debilidad manifiesta en que se encuentran de manera inminente, mi poderdante Jenniffer Rodríguez Parra, en estado embarazo y su menor hijo Michael Alexánder Ortiz Rodríguez, compañera permanente e hijo respectivamente, del agente de la Policía Nacional fallecido como consecuencia de una falla del servicio o falla presunta del servicio.

2.2. Se tutela prevalente el derecho del niño huérfano Michael Alexánder Ortiz Rodríguez.

2.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordena a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional brindarle atención médica, quirúrgica, hospitalaria a la señora Jenniffer Rodríguez Parra y al menor Michael Alexánder Ortiz Rodríguez, dentro de un término no mayor a 48 horas, debiéndose entender, desde luego, que dicha atención prevalente debe conllevar la del parto respectivo, hasta donde sea necesario y la atención y cuidados profesionales especializados del menor de edad, con los tratamientos y apoyos psicológicos necesarios por el grave trauma de horfandad (sic) que está padeciendo, debido a las circunstancias en que ocurrió la muerte de su progenitor; es decir esta atención deberá ser integral." (fol. 4).

El Tribunal resolvió la acción en forma desfavorable a las pretensiones propuestas, al considerar que la accionante no tiene derecho a seguridad social, pues su compañero solo prestó el servicio por siete años a la Policía.

Para la Sala la decisión impugnada deberá revocarse y tutelarse el derecho a la vida y a la salud del niño que está por nacer y del menor Michael Alexánder Ortiz Rodríguez, por cuanto, a pesar de que la actora cuenta con otro medio de defensa judicial, como lo es la acción de reparación directa ante la justicia contencioso administrativa, ésta fue propuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El derecho a la vida, a la salud y a la seguridad social de los niños, son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, que significa que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la cobertura familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre las entidades de seguridad social y las personas, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de quebranto de su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta.

Por otro lado, la "comprensión adecuada de la maternidad como función social" a la que está comprometido internacionalmente el Estado Colombiano, no está condicionada, ni puede estarlo sin romper unilateralmente los Tratados vigentes,

a que la madre se encuentre gozando de los beneficios de seguridad social o no. Ha de entenderse que la protección y asistencia especiales que la Constitución consagra y ordena, no son gracias otorgadas por el Constituyente en razón de las características propias de la persona determinada de la madre, sino en razón de su función biológica en la procreación del género humano, en la posibilidad de permanencia del elemento Pueblo del mismo Estado.

Es decir, que la mujer que se encuentra en estado de embarazo o en los primeros meses de lactancia, tiene el derecho constitucional y legal de recibir trato especial de las autoridades.

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha sostenido el siguiente criterio, que hoy retoma la Sala:

"La mujer, sin importar su estado, ha de ser tratada por las autoridades colombianas, conforme a su calidad y dignidad de persona. Según el artículo 43 de la Carta, "... durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada." Este derecho y el de protección a la infancia, que consagra la Constitución en el artículo 44, están consagrados también en la Convención de los Derechos del Niño (arts. 2 y 3) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11 y 12), ambas obligatorias en Colombia, según las Leyes 12 de 1991 y 51 de 1981."<sup>1</sup>

Por lo anterior, la Sala accederá a tutelar los derechos invocados en los términos solicitados por la accionante, que comprenden: Para la accionante, atención integral en salud que se extenderá hasta 86 días siguientes al nacimiento del hijo que está por nacer y para él y el menor Michael Alexander Ortiz Rodríguez igualmente asistencia integral en salud durante el primer año de vida y un año, respectivamente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

## **FALLA**

REVOCASE la providencia de 29 de mayo de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto no tuteló los derechos a la vida, a la salud, al hijo que está por nacer y al menor hijo y en su lugar se dispone:

ORDENASE a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional afinar al servicio de salud integral a la señora Jenniffer Rodríguez Parra, quien se

---

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Magistrado Ponente Doctor Carlos Gavina Díaz. Sentencia № T - 14275 de 12 de octubre de 1993.

encuentra en estado de gravidez y al menor hijo Michael Alexander Ortiz Rodríguez, en las condiciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CONCEDASE el término de 48 horas a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional para que de cumplimiento a la presente providencia.

ENVIESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, envíese copia al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

**GERMAN AYALA MANTILLA, PRESIDENTE DE LA SECCION; DELIO GOMEZ LEYVA, JULIO CORREA RESTREPO, DANIEL MANRIQUE GUZMAN, MERCEDES TOVAR DE HERRAN, SECRETARIA GENERAL**